

Título: A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE A ÉTICA E O DIREITO

Autor: Eduardo Amin Menezes Hassan.

Titularidade: Procurador do Município de Salvador, advogado, mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.	4
2. DEFINIÇÃO DE DIREITO E A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DO SEU ENFOQUE: ZETÉTICA E DOGMÁTICA.	5
3. O DIREITO COMO SISTEMA.	6
4. A ÉTICA KANTIANA E A “CRÍTICA DA RAZÃO PRÁTICA”.	11
5. A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE ÉTICA E DIREITO.	13
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.	18
REFERÊNCIAS.	

A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE A ÉTICA E O DIREITO

1. Introdução.

A ética e o direito possuem diferenças e semelhanças. O objetivo deste artigo é trazer conceitos de direito e de ética, observar suas semelhanças e diferenças e demonstrar que a ética e o direito se complementam. A relação entre direito e moral já foi tratada de diferentes formas ao longo da história, o direito e a moral já foram confundidos, foram afastados e agora se busca a aproximação entre os dois, porém sem confundi-los.

Tratar-se-á no capítulo seguinte da definição de direito de acordo com a delimitação de seu enfoque zetético ou dogmático. Mantendo-se um enfoque dogmático, no capítulo terceiro será feito um apanhado histórico do direito, tratando-o como um modelo de sistema. Já no capítulo quarto será analisado o conceito de ética na visão kantiana. No quinto capítulo traçar-se-á a relação complementar entre a ética e o direito, logo após serão feitas as considerações finais.

O direito e a ética se completam na resolução dos conflitos sociais. Quando a moral não consegue alcançar o equilíbrio social, o direito tentar solucionar esse problema, podendo, inclusive, ocorrer o inverso, isto é, quando o direito não for apto a resolver o problema e este puder ser solucionado pela moral.

Há teses no sentido de relação necessária conceitual entre direito e moral, bem como no sentido contrário.¹ O que se busca é encontrar elementos para a definição de direito, e, dessa forma, possa-se demonstrar a vinculação entre direito e moral, bem como a relação complementar entre a ética e o direito. Ademais, mesmo que se utilize conceito de direito que não utilize elementos da moral na sua constituição, isto não afasta a relação complementar entre direito e ética.

¹ALEXANDER, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, pp. 115-137. In: *Derecho y Moral*; Rodolfo Vázquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

2. Definição de direito e a necessidade de delimitação do seu enfoque: Zetética e Dogmática.

O questionamento sobre “o que é direito” é de difícil resposta. Não só porque existem vários enfoques e ideologias, como também por haver confusão e distorção sobre a sua apresentação. Questiona-se: pode-se chegar a uma essência ou no dizer de Husserl² ao eidos do direito, tendo em vista a generalidade e abstração dos seus conceitos?

Ao tentar responder esta pergunta Ferraz Júnior³, após explicar o uso da linguagem para concepções e definições de direito, afirma que em sua essência o fenômeno jurídico é extremamente genérico e abstrato, porém aparentemente universal, o que causa dificuldade de se traçar limite, ou são circunstanciados, o que implica na perda da sua universalidade. E conclui que pela concepção convencionalista da língua, uma definição lexical do conceito é difícil, restando a possibilidade de redefinição do direito de acordo com o enfoque.

A Dogmática do grego *dokein* implica no não questionamento, aqui há uma definição prévia, finda, o que foi previamente estabelecido não é discutido; já a Zetética do grego *zetein* é uma oposição à Dogmática, a Zetética tem como ponto de partida o estabelecido e recomeça o pensamento, com o objetivo de inovar e tenta solucionar os novos problemas identificados e surgidos no mundo.

Pelos enfoques teóricos, decorrentes da ideologia, pode-se ter uma zetética jurídica ou uma dogmática jurídica. Explica Ferraz Júnior⁴: as questões zetéticas possuem função especulativa explícita e são infinitas, predominando a função informativa da linguagem, além disso, estão ligadas às disciplinas como Filosofia do Direito, Sociologia do Direito, Lógica Jurídica, História do Direito etc.; já as dogmáticas têm função diretiva explícita e são finitas, têm a função informática cominada com a diretiva, dessa forma, estão ligadas a matérias como direito civil, direito penal, direito constitucional, direito tributário, direito do trabalho etc.

Destarte, o direito, enquanto objeto de conhecimento, há de ser visto de forma diferente, dependendo do enfoque dado, isto é, se zetético ou dogmático. Pela visão dos juristas, o

²HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução de Márcio Suzuki. Editora Idéias & Letras, 2006.

³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011.

⁴*Ibidem*, p. 17 et seq.

direito tem a predominância do enfoque dogmático, tendo em vista que o enfoque zetético é visto de forma complementar.⁵

Roberto Lyra Filho⁶ aduz ser possível buscar a “essência” do Direito, questionando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social. As ideologias jurídicas são fundamentais para se alcançar um conceito de direito.

O que se percebe até aqui é a necessidade de delimitar o enfoque que se dará ao direito para tentar formular uma redefinição do seu conceito. No capítulo seguinte, buscar-se-á traçar o perfil histórico do direito, dando ênfase aos seus conceitos dogmáticos, além de abordar o direito como sistema, sem abrir mão da crítica peculiar à ciência social.

3. O direito como sistema.

Neste capítulo será tratada a evolução histórica da noção de sistema no direito, partindo do jusnaturalismo, passando pelo positivismo até chegarmos às visões contemporâneas. Para alcançar nosso *mister* de forma concisa será traçado um perfil histórico do direito e discorreremos sobre suas escolas sem aprofundarmos.

A ideia do conceito geral de sistema possui as qualidades da ordem e da unidade como características. Segundo Canaris, ordenação implica um “estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade⁷”. Já a unidade trata-se de fator que não permite uma “dispersão”, por evitar a agregação de “singularidades desconexas”.⁸ A partir dessas qualidades, Canaris trata da adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica como fundamentos do sistema jurídico. O desenvolvimento do conceito de sistema a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica implica no sistema como ordem axiológica ou teleológica (como escopo e valores) e no sistema como ordem de “princípios gerais do Direito”.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011.

⁶ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12.

⁸ *Ibidem*, p. 12-13.

Nas sociedades primitivas basicamente o “poder está dominado pelo elemento organizador, fundado primariamente no *principio do parentesco*”⁹. Nesse momento histórico, isto é, na Antiguidade Clássica a única ordem possível é a querida pela divindade. A partir do desenvolvimento da civilização grega a *jurisprudencia* desenvolveu-se numa ordem jurídica. “Assim o direito, forma cultural sagrada, era o exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar”¹⁰.

O direito passa a ser visto como dogma e nasce como ciência na Bolonha no século XI, sendo considerado, a partir deste momento, mais que simples retórica. “Surgia, assim, um novo saber prudencial, destinado a conhecer e a interpretar a lei e a ordem de forma peculiar; pois, enquanto para os romanos, o direito era um saber das coisas divinas e humanas, para a Idade Média, os saberes eram distintos, ainda que guardassem uma relação de subordinação”¹¹.

A partir daí o desenvolvimento do jurista aumenta, este não se satisfaz com os recursos prudenciais e busca princípios e regras para harmonizar os casos. O tecnicismo jurídico se desenvolve e passa a ser um instrumento político. “Desde a Idade Média, pode-se, pois, dizer, o pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do *poder real*. E a recuperação do direito romano serviu-lhe como instrumento de organização”¹². Todavia, o caráter sagrado ainda estava presente, o poder político ainda estava com fontes e limites em Deus. “O sistema do direito centrado no soberano vê o poder como relação direta soberano/súdito, num sentido bastante concreto, baseado no mecanismo de apossamento da terra”¹³.

Diante do aumento da tecnicização do saber jurídico e da dessacralização, o direito perde seu caráter ético, e, a partir do renascimento, perde progressivamente seu caráter sagrado.¹⁴ A partir daí, o direito passa a sofrer influências da ciência moderna.

Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será antes como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. [...] Daí, conseqüentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalidade e formalização do direito. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado *pensamento sistemático*¹⁵.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p. 29.

¹⁰ *Ibidem*, p.32.

¹¹ *Ibidem*, p.38.

¹² *Ibidem*, p.40.

¹³ *Ibidem*, p.41.

¹⁴ *Ibidem*, p.41.

¹⁵ *Ibidem*, p.42.

O conceito de sistema, que já se cunhava na filosofia em geral, foi transposto para o direito.

O sistema perfeito não é nem uma hipótese nem uma ordenação com finalidade didática, mas a conformação definitiva da verdade. A esse conceito de sistema subjaz a missão filosófica de fundamentação da unidade do conhecimento a partir da unidade da realidade. “Sistematicidade” deixava então de ser entendida como “ordenação” e passava a tomar a acepção de demonstrabilidade a partir de princípios evidentes¹⁶.

Wolff expôs um novo conceito de sistema, em que mais do que um agregado de verdades, trata-se o sistema, sobretudo, *nexus veritatum*, pressupondo a correção e a perfeição formal da dedução¹⁷. A dedução lógica da decisão jurídica se dá a partir de princípios superiores, o que forjou aspectos vitais da ciência jurídica.

Estava configurado, pois, um dos caminhos para uma ciência no estilo moderno, isto é, como um procedimento empírico-analítico. Não, é verdade, com o mesmo rigor de Descartes ou o sucesso de Galileo, mas num sentido que podemos chamar de pragmático, em que os modelos de direito natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, paradigma que se toma como viável na experiência¹⁸.

Tudo isso se dá a partir da revolução que sofreu o direito durante toda sua história. A partir da unidade sistemática, o direito supera a historicidade decorrente do direito romano.

A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade por meio de uma posição divina, põe-se a serviço de um processo de conexão entre *dominium e societas*, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII. Referimo-nos à centralização e à burocratização do domínio nos modernos aparelhos estatais¹⁹.

O direito da teoria jusnaturalista reconstruído racionalmente, de forma cartesiana, não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre teoria e práxis²⁰. O “direito natural tem origem na própria ‘natureza das coisas’, na ordem cósmica, do

¹⁶BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

¹⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.42.

¹⁸*Ibidem*, p.45.

¹⁹*Ibidem*, p.46.

²⁰*Ibidem*, p.47.

universo; e daí vem a expressão direito natural, isto é, buscado na natureza”²¹. E com isso, tem-se que o direito natural baseia-se numa pré-existência, isto é, ele decorre de algo anterior ao homem, decorre de Deus.

A partir do século XIX a positivação do direito se dá, e com isso, aumenta a segurança pelo fato do direito tornar-se escrito. Todavia, a mutabilidade do direito passa a ser regra, sendo isso característica da positivação do direito segundo Luhmann. Ganha forma a ideia de se existir apenas um direito, isto é, o positivismo.

O positivismo do direito busca na ordem legal a sua fundamentação, sendo as normas o próprio Direito. Neste sentido afirma Kelsen:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso.[...].²²

Infere-se do trecho acima que o direito positivo confunde-se com a própria norma. E em busca de uma teoria pura, Kelsen afasta qualquer outro objeto da ciência jurídica que não seja o próprio direito, além disso, traz a coação como característica dessa ciência, mas afasta a moral do seu conceito.

Os dois mais básicos modelos de ideologia jurídica são: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

O positivismo, de qualquer sorte, é uma redução do Direito à ordem estabelecida; o iurisnaturalismo é, ao contrário, um desdobramento em dois planos: o que se apresenta nas normas e o que nelas deve apresentar-se para que sejam consideradas boas, válidas e legítimas. Em que medida o iurisnaturalismo cria, não a superação do positivismo, porém antinomia (contradição insolúvel entre dois princípios), entre a ordem justa e a ordem estabelecida, e, por outro lado, se ele consegue, ou não, fundamentar, convincentemente, o plano jurídico superior, que serve de estalão para medir as normas jurídicas encontradas na vida social [...].²³

²¹LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 24.

²²KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-36.

²³LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 17-18.

O que acontece é a dificuldade de encaixar diversos doutrinadores em um desses dois modelos básicos. Como exemplo, tem-se a teoria egológica do direito, fundada por Carlos Cossio na Argentina e seguida por Machado Neto no Brasil. Para a teoria egológica, o Direito é conduta, não é norma, trata-se de objeto cultural. Cossio faz a seguinte conclusão: se as determinações criadas pelo legislador fossem o Direito positivo, bastaria se proibir o homicídio para acabar com ele²⁴. Afasta-se a visão de Kelsen do dever ser de forma isolada. No direito o método dogmático dá a liga e estrutura o conjunto de métodos. A teoria egológica leva em consideração a conduta no momento.

A partir da Revolução Francesa o direito passa a ser concebido como *poiesis*, isto é, como uma forma de se alcançar um resultado, que se exige um *know-how*, ou como dizem os franceses, exige-se o *savoir-faire*, e, logo uma técnica. Dessa forma, aqui se encontra o núcleo social da positivação do direito.

Com Savigny, sendo o seu maior representante, surge a Escola Histórica do direito, que substitui a razão pelo fenômeno histórico, que teve sucesso em virtude das construções dogmáticas, aumentando ainda mais o abismo entre a teoria e a práxis. Essa escola observava o tratamento sistemático de forma que não significava dedução lógica a partir de proposições superiores. “Sistema para eles seria uma descrição do encaixe das normas jurídicas na ordem objetiva das coisas²⁵”.

É preciso que não haja lacunas, tratando-se de um sistema fechado com exigência de acabamento. A ideia de sistema como um método, como instrumento metódico do pensamento dogmático no direito, ocorreu desde o século XVI e continuou no desenvolvimento da ciência dogmática nos séculos seguintes.

A partir do século XX o direito aumenta sua força como forma de resolução de conflitos sociais através de aplicação da norma ao caso concreto. “O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente”²⁶. E, neste sentido, a relação entre direito e moral esta relacionada.

Realizadas essas digressões sobre o direito, tratar-se-á agora da ética, trazendo diversos conceitos para se demonstrar não só sua relação complementar com o direito, como também

²⁴COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 77-78.

²⁵BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

²⁶FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.57.

se possa fazer uma distinção entre os dois. Para tanto, utilizar-se-á como ponto de partida a ética kantiana.

4. A ética kantiana e a “Crítica da Razão Prática”.

A ética kantiana se desenvolveu nas obras *Crítica da Razão Prática* e em *Fundamentos para uma Metafísica dos Costumes*. Trata-se de uma ética formal, logo, universal e racional, válida para todo o mundo. É uma ética deontológica e implica em que o homem atua moralmente quando o faz por um dever, isto é, o respeito à lei. Kant afirma que há tipos de ações: ações contrárias ao dever; ações conforme o dever; ações por dever, esta última tem valor moral, que deveria ser seguido, isto é, deve-se agir por uma máxima. Trata-se do Imperativo categórico: aja de tal forma que possa querer, ao mesmo tempo, que se torne lei universal. O “bom” para Kant: a boa vontade é a que atua por um dever. O dever é sempre um fim em si mesmo.²⁷ A vontade moralmente boa é um fim em si mesmo, trata-se da vontade da pessoa que cumpre o seu dever.

A “Crítica da Razão Prática”, publicada em 1788, discute os princípios da ação moral, a ação do homem em relação aos outros e a conquista da felicidade. O ser humano que age racionalmente e precisa racionalmente encontrar a plenitude do seu agir e a plenitude da ação prática dessa lei. Assim, pode-se ver a lei do mesmo modo do ponto de vista racional.

O conhecimento vem da experiência que temos do mundo. Mas esta experiência passa por um filtro de nossos cinco sentidos, sendo assim a forma como se vê é uma perspectiva. A razão tem uma espécie de filtro, traduzido na noção de tempo e espaço, que não existem fora de nós. O mundo não tem ordem, esta vem da razão.

Será que razão consegue responder as questões como: Deus existe? A alma é mortal ou imortal? O universo é finito ou infinito? As perguntas podem ser feitas, se não pudessem ser feitas não existiria ciência ou filosofia. Mas as respostas estão além do que a razão pode conceber.

Se a razão é um recorte, o homem jamais terá uma resposta segura sobre essas perguntas. Trata-se de “noumenon”, coisa considerada em si mesma, sem relação com nenhum sujeito.

²⁷KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook: São Paulo, 2004. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.html>. Acesso em 02 de maio de 2012.

Só o que é “fenomenon” pode ser objeto de investigação científica. Só podemos saber como as coisas se mostram a nós. Desta forma, não adianta se tentar uma investigação científica sobre algo que a resposta ao problema esteja além da razão.

Segundo Cortina²⁸ isso é a dupla contração da perspectiva kantiana, numênica e fenomênica, e vai ser a chave da ética e do direito positivo.

Ao tratar de princípios e leis práticas afirma Kant:

Princípios práticos são proposições que encerram uma determinação universal da vontade, subordinando-se a essa determinação diversas regras práticas. São subjetivos, ou *máximas*, quando a condição é considerada pelo sujeito como verdadeira só para a sua vontade; são, por outro lado, objetivos ou *leis* práticas quando a condição é conhecida como objetiva, isto é, válida para a vontade de todo ser natural²⁹.

Destarte, não se devem conceber nossas máximas como leis práticas universais, podem-se apenas concebê-las como princípios que determinam o fundamento da vontade. O que se deve buscar é a objetividade para se alcançar a lei universal. Seguindo a ideia: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal.”³⁰

E essa legislação universal implica numa lei moral, baseada na autonomia da vontade, que é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas.³¹

Kant trata da característica autolegisladora como corolário da liberdade.

Dever e obrigação (*Schuldigkeit*) são as denominações exclusivas que devemos dar à nossa relação com a lei moral. Em verdade, somos membros legisladores de um reino da moralidade, possível ante a liberdade, proposto pela razão prática em relação a nós, mas, contudo, somos ao mesmo tempo, súditos e não o mandante do mesmo, sendo já o desconhecimento da nossa posição subalterna como criaturas e a rebelião da presunção contra a autoridade da santa lei um abandono da mesma consoante ao espírito, ainda quando cumpríssemos a letra à risca.³²

²⁸ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

²⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook: São Paulo, 2004. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjA/_online.html>. Acesso em 02 de maio de 2012, p. 16.

³⁰ *Ibidem*, p.26.

³¹ *Ibidem*, p.28.

³² *Ibidem*, p.66.

Nesse sentido seria possível o mandato que ordena: Ama a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a ti mesmo. Ora, ordenar amor como lei? Não parece que dessa forma se alcançaria o seu objetivo. Entende-se que é possível como aspiração, isto é, de bom grado, mas não como uma ordem legal. Isto ocorre porque não é possível controlar os sentimentos.

Já no que se refere ao direito, para Kant, o motivo próprio de cumprimento de um dever jurídico é a possibilidade de coação. Além da ideia de coação, Kant afirma que o princípio fundamental do direito é a liberdade³³.

A conclusão de Kant em seu livro “Crítica da razão Prática” é a seguinte:

Duas coisas enchem o ânimo de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada quanto com mais frequência e aplicação delas se ocupa a reflexão: por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral. Ambas essas coisas não tenho necessidade de buscá-las e simplesmente supô-las como se fossem envoltas de obscuridade ou se encontrassem no domínio do transcendente, fora do meu horizonte; vejo-as diante de mim, coadunando-as de imediato com a consciência de minha existência.³⁴

Todo homem é dotado de razão e deve recorrer a ela com o objetivo de iluminar sua vida. A lei moral, que tem significado diferente da lei do direito, é intrínseca ao homem. Percebe-se quão importante é a ética kantiana e seu método científico, baseado na razão, que revolucionou a filosofia, para se delimitar o objeto nas ciências.

5. A relação complementar entre ética e direito.

Neste capítulo serão trazidos conceitos de ética e será demonstrada a relação complementar entre ética e direito. Um conceito de ética não é nada fácil de explicar. Observe o que Valls afirma sobre esse tema:

Tradicionalmente ela é entendida como um estudo ou uma reflexão, científica ou filosófica, e eventualmente até teológica, sobre os costumes ou sobre as ações humanas. Mas também chamamos de ética a própria vida, quando conforme aos

³³COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 299-300.

³⁴KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook: São Paulo, 2004. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.html>. Acesso em 02 de maio de 2012, p.121.

costumes considerados corretos. A ética pode ser o estudo das ações ou dos costumes, e pode ser a própria realização de um tipo de comportamento³⁵.

Segundo Reale a ética é entendida como a doutrina do valor do bem e da conduta humana que o visa realizar.³⁶ Destarte, segundo o mesmo autor, quem preza pela ética ao realizar uma conduta o faz de forma a respeitar o bom senso.

A ética na pós-modernidade enveredou por um caminho no qual o direito e a política tornaram-se as únicas instâncias legítimas para resolução de problemas e busca do sentido da vida humana.³⁷ A sociedade pós-moderna versa por uma visão filosófica da ética, que tenta através desta filosofia dar uma análise libertadora, isto é, antidogmática.

Segundo Cortina a “ética consiste na dimensão da filosofia que reflete sobre a moralidade, isto é, na forma de reflexão e linguagem acerca da reflexão e da linguagem moral, no que se refere ao que guarda a relação entre toda metalinguagem e a linguagem objeto”.³⁸ A referida autora afirma que a moral prescreve a conduta de forma imediata e a ética proporciona um cânon mediato para a ação por meio de um processo de fundamentação moral. Dessa forma, a ética não pode confundir-se com o conjunto de normas e avaliações geradas no mundo social.³⁹

Habermas entende a ética como uma ciência reconstrutiva, que implica numa ética discursiva como filosofia moral, decorrente do processo de fundamentação mediante argumentos reflexivos, encarregado de reconstruir os pressupostos fáticos da argumentação⁴⁰.

Cortina parte de uma classificação da ética em seis grandes gêneros: éticas normativas e descritivas, naturalistas e não naturalistas, cognitivistas e não cognitivistas.⁴¹ E utiliza-se de Kant para concluir que o cognitivismo “não é uma questão de verdade ou falsidade, mas de argumentação racional acerca da correção e da validade”⁴².

Para restringir o conceito de ética, necessário se faz conhecer o seu objeto e tratar não só da teoria, mas também da prática.

³⁵VALLS, Álvaro L.M.. **O Que é Ética?** Editora Brasiliense, 1994, p. 7.

³⁶REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 37.

³⁷CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

³⁸*Ibidem*, p. 27.

³⁹*Ibidem*, p. 27.

⁴⁰MARZÁ, Domingo García. **Ética de La Justicia**. J. Habermas y la ética discursiva. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

⁴¹CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 44.

⁴²*Ibidem*, p 45.

O objeto da ética são as normas, das quais, não se pode dizer que sejam verdadeiras ou falsas, mas sim se são corretas ou incorretas. E cabe argumentar racionalmente acerca de sua correção ou incorreção: se há um discurso teórico, também se faz necessário um discurso prático, que nos permite distinguir entre as normas válidas e as meramente vigentes⁴³.

Trata-se de uma argumentação racional acerca da correção ou validade própria do cognitivismo que é uma constante na ética discursiva.

Da ética decorreram o direito e a moral e ao longo da história, desde a Grécia antiga, tentou-se distinguir o direito da moral. Segundo Machado Neto:

De um ângulo sociológico, poderíamos estabelecer ainda uma relação genética entre moral e direito, considerando que uma sociedade passa a conferir a nota de exigibilidade e a consequente imposição inexorável através da sanção organizada a toda exigência moral que se tenha tornado essencial à vida e ao equilíbrio do grupo⁴⁴.

Destarte, o supracitado Autor conclui que o direito tutela o que a sociedade considera como o mínimo moral imprescindível à sua sobrevivência, isto é, quando um costume deixa de ser apenas uma exigência moral, passa a ser considerado algo essencial para a vida do grupo, e a sanção seria a garantia do seu cumprimento.

E nos capítulos anteriores já explicamos alguns conceitos de direito. Vamos, entretanto, resgatar as palavras de Ferraz Júnior:

O direito, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível a uns poucos especialistas⁴⁵.

O direito pela explicação acima parece ter duas faces, uma positiva e uma negativa. E pode ser usado como fundamento para qualquer uma delas. Todavia, quando se há uma conexão entre o direito e a moral não deve se admitir a utilização do direito como subterfúgio do mau.

⁴³CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 45.

⁴⁴MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.177.

⁴⁵FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p. 09-10.

Segundo Alexy: “Quien quiera demostrar una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral desde esta perspectiva puede tratar de mostrar que en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección moral”⁴⁶.

Ou seja, segundo o citado Autor, para haver conexão entre direito e moral, necessário se faz incluir no conceito de direito algum elemento da moral. Ademais, no processo de criação e aplicação do direito é preciso que haja uma pretensão de correção moral.

El punto decisivo es que una pretensión de corrección está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. La conexión entre derecho y moral se establece mediante allá. Ahora esto debe ser justificado. Si la justificación tiene éxito, entonces el positivismo fracasa en lo que favorable para ello, esto es, aquella compuesta por los conceptos de norma, observador y definición.⁴⁷

Nesse sentido, Alexy conclui que o positivismo fracassa porque o conceito de direito trazido nesta ideologia exclui qualquer elemento que faça parte da moral. E a pretensão de correção deve ser elemento essencial desse conceito, o que implica numa conexão necessária entre o direito e a moral.

O que se percebe é que direito e a ética se complementam. “Uma moral pós-convencional precisa de complementação jurídica porque não pode exigir o cumprimento das normas válidas, se os destinatários não têm garantia jurídica de que essas normas serão universalmente cumpridas”⁴⁸. Mas o direito, por outro lado, também precisa de uma fundamentação moral, que nas palavras de Adela Cortina: “expressa em seu seio a ideia de imparcialidade instrumental”⁴⁹.

Ademais, a ética no sentido clássico de uma doutrina da vida correta, seguindo o raciocínio de Habermas, não aceita uma dissonância entre as teorias da justiça e da moral em relação à ética. “As teorias da justiça desatreladas da ética, só podem esperar pela ‘transigência’ de

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vázquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, p. 122.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 127.

⁴⁸ CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. p. 170.

⁴⁹ *Ibidem*, p.170.

processos de socialização e formas políticas de vida”⁵⁰. E conclui Habermas que isto não responde o porquê devemos nos orientar pelo bem-estar.

Há estudos que distinguem direito e moral, dentro do espírito kantiano, conforme afirma Perelman⁵¹: “o direito rege o comportamento exterior, a moral enfatiza a intenção, o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos, o direito estabelece obrigações sancionadas pelo Poder, a moral escapa as sanções organizadas”.

Embora sejam exploradas as diferenças entre o direito e a moral, percebe-se que são diferentes, mas não são excludentes. Conforme se observa na explicação de Perelman, “[...] é normal que as regras jurídicas difiram das regras morais, mas tal divergência não se presume: é necessário explicá-las”⁵². Acreditamos que esta diferença não exclua a complementaridade entre o direito e a ética sempre que possível.

Até porque o normal é que as regras morais sejam conformes às regras jurídicas. É o que se infere do aduzido por Perelman: “Mas a regra geral, ou pelo menos a presunção, é a conformidade entre as regras morais e as regras jurídicas”.⁵³

Cortina⁵⁴ aduz, ainda, que a obediência ao direito é um dever ético indireto. Na medida em que a relação entre direito e moral é complementar, é possível justificar moralmente a atuação (complementar) do direito, sempre que a moral se revelar insuficiente para disciplinar uma determinada conduta.

Utilizando-se das ideias de Habermas, Cortina⁵⁵ afirma que:

[...] as éticas de bens e valores caracterizam em cada caso conteúdos normativos particulares. Suas premissas são demasiado fortes para fundamentar decisões universalmente vinculantes em uma sociedade moderna, caracterizada pelo pluralismo de crenças. Só as teorias da justiça e da moral construídas instrumentalmente prometem um procedimento imparcial para fundamentar e ponderar princípios.

⁵⁰HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 7.

⁵¹PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 298-299.

⁵²*Ibidem*, p. 300.

⁵³*Ibidem*, p. 305.

⁵⁴CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

⁵⁵*Ibidem*, p. 174.

Observa-se a importância da instrumentalidade das teorias da justiça e da moral. Ademais, necessária é a noção de ética procedimental para se entender a complementação entre o direito e a ética na resolução de conflitos sociais. “[...] ética procedimental [...] pretende se ocupar do *universalizável* no fenômeno moral [...]”. Além disso, “a ética procedimental, então, pode contar não apenas com procedimentos, mas também com *atitudes, disposições e virtudes*, motivadas pela percepção de um *valor*, em suma com um *éthos universalizável*”⁵⁶.

Segundo Habermas, o papel do direito é perfeitamente compreensível como compensação dos déficits da realidade que capta necessariamente o critério moral.⁵⁷ Portanto, percebe-se que há uma conexão necessária entre o direito e a ética. Segundo Alexy⁵⁸: a base é formada pela pretensão de correção, sendo o sistema jurídico visto como um sistema de procedimentos, do ponto de vista a partir do seu participante. A explicação para esta afirmação no âmbito da teoria do discurso deixa claro que o direito tem uma dimensão ideal conceitualmente necessária que inclui o direito com uma moral procedimental universalista.

Onde a moral não seja suficiente, o direito deve atuar como forma de manutenção da harmonia social. Mesmo em havendo sustentação de um conceito de direito destituído de elemento moral, é possível se manter essa complementaridade entre direito e ética. O que não exclui o fato de em determinados casos as regras morais divergirem do direito e vice-versa. Porém, é preferível um conceito de direito que englobe elemento moral.

6. Considerações Finais.

Kelsen trata da relação entre direito e moral, e chega à conclusão de que muitas vezes as sanções morais realizadas pelas censuras dos nossos pares são mais graves do que a sanção trazida pela norma jurídica, mas não admite elemento moral no conceito de direito.

⁵⁶CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 223.

⁵⁷MARZÁ, Domingo García. **Ética de La Justicia**. J. Habermas y la ética discursiva. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 185.

⁵⁸ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vázquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, p. 133.

Não precisa ter mais de uma pessoa para acontecer uma ordem moral, a regra moral esta ligada a um sentimento interno. É uma força de dentro para fora, não sendo superior a pessoa. Não pode impor com o uso da força a conduta moral, além de não ter uma sanção para tal conduta, o comportamento ou a conduta imoral, deve ser, desaprovada, pelo próprio indivíduo. Apesar da provação ou desaprovação dos pares serem recebidas como recompensa ou castigos, representando por muitas vezes sanções, até mais duras e eficazes, com relação à norma⁵⁹.

Kelsen exclui do conceito de direito qualquer outro elemento estranho a esta ciência. Logo, não há elemento ético ou político no seu conceito de direito. Trata-se, segundo Kelsen, de uma teoria positivista pura que sustenta a tese da separação entre direito e moral.

Segundo Alexy⁶⁰, o positivismo falha ao não incluir a pretensão de correção no conceito de direito. Juristas não satisfeitos com a concepção positivista, estadística e formalista do direito, advogam a importância do elemento moral no funcionamento do direito, em especial nas noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado.⁶¹ Logo, conclui-se, como Calmon de Passos⁶² que “inexiste *pureza* no Direito”. Seja por haver elementos ideológicos, políticos ou econômicos que coabitam com o jurídico ou pelo elemento moral da visão de Alexy.

O resgate da ética kantiana onde a autonomia e a autolegislação demonstram o caráter peculiar do homem, além de ter na boa vontade o fundamento para o realmente bom, mostrou-se fundamental para se demonstrar as diferenças, bem como a relação complementar entre moral e direito.

Segundo Murgueza⁶³, apesar disso, a boa vontade não basta por si só como garantia de acertos morais, que, ademais, dependem dos nossos atos e suas consequências e não só de nossas intenções. Mas, sem a boa vontade kantiana não existiria a voz da consciência que não se pode prescindir, sob pena de tornarmos inumanos. Todo homem é dotado de razão e deve recorrer a ela com o objetivo de iluminar sua vida.

A lei moral, que tem significado diferente da lei do direito, é intrínseca ao homem. Mas nem sempre é suficiente para resolver as questões de conflitos sociais. Nesse momento, deve o direito atuar para se resolver esses conflitos e manter o equilíbrio na sociedade. Da mesma

⁵⁹KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito, p. 29.

⁶⁰ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115 a 137. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vázquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

⁶¹PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 299.

⁶²PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66.

⁶³MURGUEZA, Javier. **El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal**, p. 208. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vázquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

forma, ocorrerão casos em que a moral poderá ser mais eficiente do que o direito na resolução de conflitos sociais. Daí a importância da relação complementar entre o direito e a ética.

A ética discursiva é o caminho para se alcançar a pretensão de igualdade e universalidade, que é base de uma ética procedimental. E o que se percebe é uma inevitável relação entre direito e moral, na qual há uma complementação de um com o outro na resolução dos conflitos sociais. Para tanto, um conceito de direito que aproxima este da ética por meio de elementos da moral é preferível aos que excluem esses elementos. Sendo o primeiro o mais adequado para mostrar esta relação complementar entre ética e direito, todavia, até mesmo baseado nos conceitos que excluem os elementos morais é possível se verificar essa complementaridade.

Finalmente, caso tenhamos conseguido convencer sobre a importância da relação complementar entre o direito e a ética para resolução dos conflitos sociais, ficamos contentes. Se não houver convencido, mas tendo despertado o interesse para a temática e contribuído para o conhecimento dos conceitos de ética e de direito, alcança-se também o *mister* deste singelo artigo.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Sobre las relaciones necesarias entre derecho y la moral**, p. 115-137. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTINA, Adela. **A ética sem moral**. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução de Márcio Suzuki. Editora Idéias & Letras, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Edições e Publicações Brasil Editora S.A. Versão para Ebook: São Paulo, 2004. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 02 de maio de 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-36.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARZÁ, Domingo García. **Ética de La Justicia**. J. Habermas y la ética discursiva. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

MURGUEZA, Javier. **El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal**, p. 183-209. In: Derecho y Moral; Rodolfo Vásquez comp. Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VALLS, Álvaro L.M.. **O Que é Ética?** Editora Brasiliense, 1994.